

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/11/22 LVwG-2019/25/2223-5

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.11.2019

## Entscheidungsdatum

22.11.2019

## Index

60/01 Arbeitsvertragsrecht

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

LSD-BG 2016 §21 Abs3 Z2

VStG §45 Abs1 Z4

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerde von AA, geb XX.XX.XXXX, Adresse 1, Z, vertreten durch die Rechtsanwälte BB, Adresse 2, Y, vom 30.04.2019, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft X vom 19.03.2019, \*\*\*\*\*, betreffend eine Übertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG von der Verhängung von Strafen abgesehen und eine Ermahnung erteilt wird.

2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang:

Im bekämpften Straferkenntnis werden Herrn AA folgende Sachverhalte angelastet und Strafen über ihn verhängt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Sie haben als Verantwortliche(r) der Firma CC in Z, Adresse 1, Slowenien, diese ist Überlasser, zu verantworten, dass folgende/r Arbeitnehmer beschäftigt wurde/n und die Meldung der Überlassung über die Arbeitsaufnahme dieser Person/en vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle (ZKO) nicht erstattet wurde, obwohl eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1 die Meldung entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet.

Sie haben die Meldung der Überlassung für folgende/n Arbeitnehmer/Arbeitnehmerin/en nicht erstattet:

1. Arbeitnehmer: DD

geb.: XX.XX.XXXX

Staatsangehörigkeit: Slowenien

Tätigkeit: Arbeiter

Arbeitsantritt: 29.05.2017

2. Arbeitnehmer: EE

geb.: XX.XX.XXXX

Staatsangehörigkeit: Slowenien

Tätigkeit: Arbeiter

Arbeitsantritt: 29.05.2017

3. Arbeitnehmer: FF

geb.: XX.XX.XXXX

Staatsangehörigkeit: Slowenien

Tätigkeit: Arbeiter

Arbeitsantritt: 03.07.2017

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz iVm § 26 Abs. 1 Ziffer 1 1. Fall Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG)

2. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz iVm § 26 Abs. 1 Ziffer 1 1. Fall Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG)

3. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz iVm § 26 Abs. 1 Ziffer 1 1. Fall Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG)

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt

Geldstrafe (€):

1. 1.000,00

2. 1.000,00

3. 1.000,00

Gemäß:

1. § 26 Abs. 1 Schlusssatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

2. § 26 Abs. 1 Schlusssatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

3. § 26 Abs. 1 Schlusssatz Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

Ersatzfreiheitsstrafe:

1. 34 Stunden

2. 34 Stunden

3. 34 Stunden

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 300,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, wobei jedoch mindestens € 10,00 zu bemessen sind.

Bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe mit 100 Euro anzusetzen.

€ 0,00 als Ersatz der Barauslagen für -.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: € 3.300,00"

Dagegen richtet sich die fristgerechte und zulässige Beschwerde, in der Herr AA durch seine Rechtsverteilter im Wesentlichen ausführt, dass rechtzeitige ZKO-3-Meldungen erstattet worden seien. Maßgeblich wären nicht die Tatbestandsmerkmale nach § 4 Abs 2 AÜG, sondern das EuGH-Urteil vom 18.06.2015, C-586/13 Martin Meat. Auf dieser Grundlage liege eine Entsendung vor, die ordnungsgemäß gemeldet wurde. Für die Abgrenzung Arbeitskräfteüberlassung zu Werkvertrag sei maßgeblich die Frage der Haftung und des wirtschaftlichen Risikos. Die Angaben der Arbeitnehmer in den Personalblättern seien völlig irrelevant, da diese keine Juristen wären und ihnen der Unterschied zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag wohl nicht bekannt gewesen sei. Es wäre naheliegend, dass drei Arbeitnehmer auf der Baustelle mit selbstständigen Arbeiten betraut auf die Frage, von wem sie Anweisungen erhalten, den Auftraggeber anführten. Von der erstinstanzlichen Behörde sei nicht geklärt worden, wen die Arbeitnehmer in Krankheitsfall verständigen sollen und welche Konsequenzen Fehler ihrer Arbeit hätten. Selbst wenn Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen wäre, hätte die Erstinstanz Rechtsirrtum des Beschuldigten und dessen Vorwerfbarkeit prüfen müssen. Die Abgrenzung sei schwierig, es gebe Anhaltspunkte in beide Richtungen. Ein Werkvertrag sei eine zumindest vertretbare Rechtsansicht. Deswegen wäre eine Ermahnung nach § 45 VStG ausreichend oder wäre zumindest eine Anwendung des § 20 VStG geboten. Es werde der Antrag auf Aufhebung des Straferkenntnisses und Verfahrenseinstellung gestellt.

In seinem ergänzenden Vorbringen vom 12.11.2019 weist Herr AA auf das Urteil des EuGH vom 12.09.2019 in der verbundenen Rechtssache C-64/18, C-140/18, C-146/18, C-148/18 Maksimovic ua hin. Dort sei unter anderem festgehalten, dass die im LSD-BG vorgesehenen Mindeststrafen mit Unionsrecht nicht vereinbar wären ebenso wie die Kumulierung der Strafen nach der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer und die Vorschreibung eines pauschalierten Kostenersatzes in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe. Das Verfahren Maksimovic sei mit Ausnahme der dort verhängten Geldstrafen in jeder Hinsicht mit Gegenständlichem vergleichbar. Auch dort gehe es um die Problematik der Abgrenzung Arbeitskräfteüberlassung/Werkvertrag, wobei sich letztlich herausstellte, dass entgegen der Annahme der Behörde ein Werkvertrag vorlag. Auch würden die Strafen nach der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer kumuliert und mit Mindeststrafen argumentiert. Die Grundsätze dieses EuGH-Urteiles seien aufgrund seiner ex tunc Wirkung auch auf den Gegenstandsfall anzuwenden. Nach Ansicht des Beschwerdeführers sei ein Werkvertrag vorgelegen, weshalb zutreffenderweise eine ZKO-3-Meldung und keine ZKO-4-Meldung erstattet wurde. Widrigfalls wäre es in einem solchen Fall völlig ausreichend, wenn die Behörde auffordere, die ihrer Ansicht nach unrichtige Meldung zu korrigieren, wenn sie der Meinung ist, dass die Elemente der Arbeitskräfteüberlassung überwiegen.

## II. Sachverhalt:

Am 11.07.2017 führte die Finanzpolizei auf der Baustelle des Bauvorhabens GG, Adresse 3, X, eine Kontrolle durch. Dort wurden beim Ziehen von Stromkabeln drei Arbeitnehmer der Firma CC angetroffen, zwei slowenische Staatsangehörige und ein slowakischer Staatsangehöriger. Handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma CC ist der Beschwerdeführer AA. Auftraggeber der Firma CC war die Firma JJ GmbH in W. Deren Obermonteur war KK. Bauarbeiter der Firma CC zogen die Elektrokabel im Gebäude ein, verlegten die Hauszuleitungen und die Kabel für die Unterverteiler im gesamten Gebäude. Dabei war die Arbeit so aufgeteilt, dass die Arbeiter der Firma CC die dicken Kabel einzogen und jene der Firma JJ die dünnen Kabel. Das Anschließen der Kabel wurde von den Arbeitern der Firma JJ erledigt, die auch das gesamte Material stellte. Die Arbeiter der Firma CC brachten ihr Handwerkzeug mit (Seilwinde, Zange, ...), die Steiger und Scherenbühnen wurden von der Firma JJ gestellt. Die Arbeitsanweisungen erhielten die Arbeiter der Firma CC vorwiegend von KK, wenn sie einen Teil der Kabel gezogen hatten, kamen sie zu ihm und er sagte ihnen, wo sie als nächstes die Kabel ziehen müssen. Wenn ein Arbeiter krank war oder auf Urlaub gehen wollte, meldete er dies bei KK. Die Montageleitung der Firma JJ leitete diese Meldung dann an die Firma CC weiter. Die Stundenaufzeichnungen der drei gegenständlichen Arbeitnehmer führte der Vorarbeiter der Firma CC. Die Abrechnung mit der Firma CC erfolgte nach verlegten Metern. Die Arbeiter der Firma CC kamen mit ihrem eigenen Firmenwagen zur Baustelle.

Nicht festgestellt werden konnte, ob die Vergütung auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhing, wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung zu tragen gehabt hätte, ob ein gewährleistungstauglicher Erfolg zwischen den beiden Firmen vereinbart wurde und wer die Zahl der jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmte.

### III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Akten der Bezirkshauptmannschaft X und des Landesverwaltungsgerichts Tirol sowie aus den Angaben des von der Finanzpolizei einvernommenen Zeugen KK.

Die Feststellung, dass statt der ZKO4-Meldungen ZKO3-Meldungen bereithalten wurden, beruht auf den unzweifelhaften Erhebungen der Finanzpolizei.

Dadurch, dass der Beschwerdeführer AA bzw kein Vertreter für ihn zur mündlichen Verhandlung erschienen war, konnten jene auch entscheidungswesentlichen Punkte, die nicht festgestellt werden konnten, nicht geklärt werden. Die Beantwortung dieser Fragen in der mündlichen Verhandlung hätte möglicherweise zu einer anderen Beurteilung der Frage, ob Arbeitskräfteüberlassung oder ein Werkvertrag vorgelegen ist, führen können.

### IV. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des LSD-BG maßgeblich:

#### § 19

„Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

(1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

...“

#### § 21

„Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

...

(3) Der Beschäftiger hat für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung folgende Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen:

1. Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 oder A 1), sofern für die überlassene Arbeitskraft keine Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht; kann der Überlasser zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen Sozialversicherungsträger vor der Überlassung nicht möglich war, sind gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache (Antrag auf Ausstellung des Sozialversicherungsdokuments E 101 oder A 1; Bestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers, dass der Arbeitnehmer für die Dauer der Überlassung der ausländischen Sozialversicherung unterliegt) bereitzuhalten;
2. die Meldung gemäß § 19 Abs. 1 und 4;
3. die behördliche Genehmigung der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des Überlassers gemäß § 19 Abs. 4 Z 10, sofern eine solche erforderlich ist.“

#### § 26

„Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

...

(2) Wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen.“

#### V. Erwägungen:

Zutreffend ist die Meinung des Beschwerdeführers, dass im gegenständlichen Fall sowohl Anhaltspunkte in Richtung Werkvertrag als auch solche in Richtung Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. In einer Gesamtbetrachtung ist dabei zu beurteilen, welches der Elemente überwiegt. Für einen Werkvertrag spricht anhand des festgestellten Sachverhaltes der Umstand, dass die Arbeitnehmer der Firma CC das Handwerkzeug selbst mitbrachten, mit dem eigenen Firmenauto kamen und dass die Stundenaufzeichnungen vom Vorarbeiter ihrer Firma erledigt wurden und die Abrechnung nach verlegten Metern erfolgte. Gegen das Vorliegen eines Werkvertrages sprechen die Umstände, dass der Obermonteur der Firma JJ ihnen vorwiegend sagte, welche Arbeiten zu erledigen sind, die Firma JJ Steiger und Scherenbühnen beistellte, von ihr das gesamte Material kam und der Obermonteur dieser Firma für Krankenstände und Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Firma CC zuständig war. Auch kann im bloßen Einziehen der dicken Kabel durch die Arbeiter der Firma CC, welche von der Firma JJ gestellt und dann angeschlossen wurden, kein von der Firma JJ abweichendes, unterscheidbares und der CC zurechenbares Werk erkannt werden. Nach herrschender Rechtsprechung wird der Umstand, dass mangels Unterscheidbarkeit gar nicht festgestellt werden kann, welches Werk vom Werkunternehmer bzw Dienstleistungserbringer hergestellt wurde, dafür sprechen, dass die vertragliche Leistungspflicht gar nicht auf die Erstellung eines Werkes gerichtet war, sondern auf die zur Verfügungsstellung von für die Werkherstellung erforderlichen Arbeitskräften (vgl VwGH vom 13.12.2018, Ra 2018/11/0061).

Aufgrund des Sachverhaltes, der festgestellt werden konnte, teilt das Verwaltungsgericht die Ansicht der belangten Behörde, dass im gegenständlichen Fall kein Werkvertrag, sondern eine Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen war, für welche die ZKO-4-Meldungen zu erstatteten gewesen wären.

Da die ZKO4-Meldungen für die Arbeitnehmer nicht bereitgehalten wurden, hat AA als Beschäftiger tatbildlich im Sinn des § 21 Abs 3 Z 2 LSD-BG gehandelt.

Für alle drei Arbeitnehmer wurden Entsendemeldungen (ZKO3-Meldungen) vorgewiesen und nicht die nach dem LSD-BG für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung erforderlichen ZKO4-Meldungen. Die Meldepflicht des § 19 Abs 1 und 2 LSD-BG verfolgt den Zweck, überprüfen zu können, ob den in Österreich tätigen und dort nicht versicherten Arbeitnehmern von einem Arbeitgeber oder Überlasser mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat zumindest die nach Kollektivvertrag in Österreich geltenden Löhne gezahlt werden, sei es als entsandter oder überlassener Arbeitnehmer. Die Meldung soll die Kontrolle nach dem Lohn- und Sozialdumping – Bekämpfungsgesetz ermöglichen. Die vom Arbeitskräfteüberlasser erstatteten Meldungen ermöglichen eine entsprechende Kontrolle, womit diesem Schutzzweck der Norm entsprochen wurde. Das Erstatten der ZKO3-Meldungen statt der erforderlichen ZKO4-Meldungen stellt einen formalen Fehler dar, zumal eine vorübergehende grenzüberschreitende Überlassung eines Arbeitnehmers als ein Unterfall der Entsendung anzusehen ist.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol ist in diesem Fall der Ansicht, dass aufgrund der geschilderten Umstände die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Aufgrund des Umstandes, dass davon auszugehen ist, dass Herr AA auch in Zukunft ausländische Arbeitnehmer nach Österreich überlassen wird, ist es erforderlich, ihm unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung zu erteilen, um ihn künftig von der Begehung strafbarer Handlungen der gleichen Art abzuhalten, weshalb spruchgemäß entschieden wurde.

#### VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der oben angeführten Frist für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beim Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof ist, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Hinweis:

Gemäß § 35 Abs 2 LSD-BG wird darauf hingewiesen, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung der/des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die vom Kompetenzzentrum LSDB geführte Evidenz verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hohenhorst

(Richter)

## Schlagworte

ZKO-Meldung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGTI:2019:LVwG.2019.25.2223.5

## Zuletzt aktualisiert am

10.12.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)